

El nuevo modelo de política criminal

Francisco Javier ALVAREZ GARCIA

En un reciente y brillante artículo¹ Díez Ripollés plantea la necesidad de atender a la, que él considera, crisis del modelo penal garantista, y propone las líneas político-criminales que debe seguir el modelo que “ya está sustituyendo” a aquél. Pues bien, a lo largo de las líneas que siguen me propongo efectuar algunas reflexiones sobre ciertos aspectos de su aportación, para así contribuir, también, en alguna medida a tan atractiva y necesaria meditación. En este sentido, y con independencia de volver puntualmente sobre alguna de las caracterizaciones que atribuye el autor al modelo resocializador, voy a limitarme, en un primer momento, a comentar algunos aspectos de las, denominadas por Díez Ripollés, “ideas motoras del nuevo modelo de intervención penal que se está configurando en España”.

1. *Protagonismo de la delincuencia clásica.* Plantea Díez Ripollés que “La delincuencia clásica, esto es, la que gira en torno a los delitos contra intereses individuales, especialmente los de la vida e integridad, propiedad y libertad en sus diversas facetas, que durante dos siglos ha constituido el grueso de los asuntos abordados en la jurisdicción penal, ha superado el riesgo de pérdida de protagonismo que en algún momento se pensó que iba a sufrir”. Paralelamente se ha frustrado la contemplación de la “criminalidad propia de los poderosos”, lo que se habría debido a los siguientes factores: a) Al asesoramiento técnico de la que gozan aquéllos, lo que les permitiría burlar la persecución penal. b) A la politización de las intervenciones penales. c) A la actitud contemporizadora de la doctrina penal con los obstáculos surgidos en la persecución de este tipo de delincuencia, lo que ha conducido a “una rebaja significativa en la intensidad de persecución de esa criminalidad”; en este sentido resultaría significativo que la discusión sobre la indebida “expansión del derecho penal... tenga como primordial objeto de reflexión la conveniencia de asegurar a la nueva criminalidad una reacción penal notablemente suavizada en sus componentes aflictivos”, lo que se pretendería legitimar “mediante una disminución de las garantías penales, nunca suficientemente concretada, tampoco justificada y mucho menos creíble”.

A las anteriores consideraciones añado las siguientes: a) Afirmar que el protagonismo siga siendo de la delincuencia clásica tiene algo de cierto y algo, a mi entender, de falso. En efecto, el cambio de los sujetos protagonistas de esa delincuencia clásica ha introducido un factor que convierte en imposible el mantener, sin infinidad de matices, la afirmación realizada. Así, no cabe duda que desde finales de los años sesenta, y con un incremento geométrico, el protagonismo de la

delincuencia clásica —prostitución y trata de blancas, sustracción de vehículos, tráfico de sustancias prohibidas, asaltos a viviendas, falsificación de productos industriales y un largo etcétera— ha ido pasando poco a poco de los sujetos individuales a las organizaciones criminales; este hecho ha provocado un cambio en los paradigmas de la lucha contra el delito, pues el objetivo no lo deben constituir, en muchos casos, tanto los “delitos de primer nivel” —es decir, los actos singulares de “trata” o de sustracción— sino los de “tercer nivel”, es decir los correspondientes al lavado de dinero y su reinversión. Pues bien, estos delitos del “tercer nivel” son los que mejor manifiestan los muy estrechos lazos existentes entre criminalidad y mundo económico. En este sentido ha sido puesto, con acierto, de relevancia que la distinción entre la gran criminalidad y las actividades delictivas que responden a los patrones tradicionales se encuentra en que aquélla posee una presencia constante y contemporánea tanto en las actividades delictivas como en las actividades legales.

En la dirección indicada hay que tener en cuenta: *Primero:* La criminalidad clásica ha sufrido un profundísimo cambio provocado por el protagonismo de las organizaciones criminales, que desde un punto de vista criminológico han sido la causa de que el “tradicional” delincuente y los delitos por él personalmente cometidos, hayan pasado a un segundo plano. *Segundo:* Para esta nueva delincuencia los “contactos” con el mundo de la “gran economía” o de las “grandes finanzas” son esenciales, puesto que necesitan de ellas para hacer “honorable” el dinero adquirido por la comisión de delitos del “primer nivel”; ello ha provocado que las alianzas entre la “economía respetable” y la “economía criminal” sean esenciales tanto para la una como para la otra. Para la una, porque las cantidades manejadas por la criminalidad organizada son tan elevadas, que “no pueden” ignorarlas en su negocio; para la otra, porque el movimiento de la riqueza y la adquisición de respetabilidad de la misma, precisan la íntima colaboración de las instituciones económicas y financieras tradicionales. *Tercero:* El “acercamiento” a responsables políticos, policiales y funcionariales en general, constituye una de las condiciones para el buen funcionamiento de esa criminalidad organizada. Se trata de buscar no sólo áreas de impunidad, sino de procurarse los apoyos necesarios para poder aflojar las ganancias obtenidas con la actividad criminal. *Cuarto:* Como consecuencia de todo lo anterior los Códigos Penales han tenido que incorporar numerosas disposiciones para combatir el blanqueo de capitales, la corrupción o la consolidación de los beneficios acumulados con la actividad criminal y que han cambiado de titular al poco tiempo de haber sido generados.

¹ “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, en *Jueces para la Democracia*, núm. 49, marzo, 2004, *passim*.

b) No cabe duda, en todo caso, que se ha producido, tal y como indica Díaz Ripollés, una cierta frustración en las esperanzas depositadas en el protagonismo penal frente a ciertos “comportamientos de los poderosos”². Entiendo, sin embargo, que el primer motivo, y principal, para ello es una consciente decisión antidemocratizadora en términos de Política Criminal; es decir: una determinación consciente de dejar fuera del Derecho Penal —de seguir considerando socialmente aceptables o no radicalmente inaceptables— ciertas actividades defraudatorias en el ámbito del “mundo de los negocios”.

Tomemos como ejemplo lo sucedido con el delito fiscal. Pues bien, desde el punto de vista procesal hay una decisión política clara de someter la persecución penal de este tipo de conductas a un filtro previo³, de modo que la Inspección Fiscal —los supuestos de acusaciones populares o de intervención primigenia del Ministerio Fiscal son anecdóticos, estando ligadas ambas o a supuestos, escasos, de venganza, las primeras, o a casos en los que el delito fiscal se ha puesto de manifiesto ligado a la realización de otros injustos que estuvieran siendo investigados— únicamente comunicará a la Justicia Penal la comisión de alguno de esos delitos, si no han podido llegar a un acuerdo económico con el defraudador; es decir, se han hecho primar las finalidades políticas y de recaudación —u otras internas al funcionamiento de la Agencia Tributaria— sobre las propias penales⁴, especialmente de prevención general negativa. Pero desde el punto de vista sustantivo fijar en 120.000 € el importe de

la cuota defraudada —o el no ingresado de las retenciones a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados— significa, en buena medida, renunciar a la persecución penal del fraude fiscal⁵, teniendo en cuenta los niveles de renta en España; todo lo cual provoca una excesiva reducción de las conductas potencialmente delictivas.

Un tercer elemento contribuye a este panorama, y es, siguiendo con el mismo ejemplo, la decisión interna de la Agencia Tributaria en lo que importa a la selección de los contribuyentes a inspeccionar, lo que, obvio es decirlo, resulta decisivo de cara a la detección del fraude fiscal⁶.

Pues bien, por más esfuerzos que haya hecho el Legislador con la redacción de la anterior disposición —remisión constitucional incluida—, es obvio que con el precepto transcrito se “retira” al Juez de la ejecución de la Sentencia y se encomienda tal función —en los delitos Fiscales— a la Agencia Tributaria. Es decir, esta última no cumplirá, exclusivamente, la función de auxiliar al Juez en el desempeño de sus funciones, sino que claramente le sustituye; todo lo cual, entiendo, no respeta el tenor del Artículo 117.3 CE: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

⁵ Estamos ante uno de esos supuestos en los que, como indica García Vitoria —“Discriminación penal y Estado de Derecho”, en JC Carbonell y otros, *Estudios penales en homenaje al Profesor Cobo del Rosal*, Valencia, 2005, pág. 419— el legislador español ha optado por “crear una legislación pensada más para ‘impresionar’ a la colectividad, que adecuada técnicamente para protegerla. Es decir, globalmente, y a pesar de sus aciertos, resulta más efectista, que efectiva, lo cual sitúa a esta legislación, o al menos una parte de ella, en el ámbito del denominado ‘Derecho penal simbólico’”.

⁶ En este sentido, y en el Congreso de la Asociación Profesional de Inspectores de Finanzas y Tributos del Estado (Zaragoza, octubre de 2003), se denunció que las Inspecciones de Hacienda se estaban dirigiendo más a la revisión de las declaraciones efectuadas que a investigar las bolsas de fraude fiscal. Este comportamiento de la Agencia Tributaria puede estar siendo llevado a cabo en conculcación de lo previsto en el artículo 31.1 CE; en efecto, según este artículo:

“Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio”.

Pues bien, el Tribunal Constitucional viene afirmando en relación a este precepto que “para el efectivo cumplimiento del deber que impone el artículo 31.1 de la Constitución es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo ‘se produciría una distribución injusta en la carga fiscal’, pues ‘lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar’; de ahí la necesidad y la justificación de ‘una actividad inspectora especialmente vigilante y eficaz, aunque pueda resultar a veces incómoda y molesta’ (STC 110/1984, fundamento jurídico 3.º). La ordenación y despliegue de una eficaz actividad de inspección y comprobación del cumplimiento de las obligaciones tributarias no es, pues, una opción que quede a la libre disponibilidad del legislador y de la Administración, sino que, por el contrario, es una exigencia inherente a ‘un sistema tributario justo’ como el que la Constitución propugna en el artículo 31.1: en una palabra, la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria. De donde se sigue asimismo que el legislador ha de habilitar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias, sancionando en su caso los incumplimientos de las obligaciones que correspondan a los contribuyentes o las infracciones cometidas por quienes están sujetos a las normas tributarias” (STC 76/1990, de 26 de abril).

² Por más que, a mi entender, también tenga razón Mir Puig —“Seguridad y libertades en el Derecho penal de hoy”, en *Libertad, Seguridad y Derecho*, Ed. Fundación Modernización de España, Madrid, 2003, págs. 65 y ss.— cuando afirma: “La evolución política ha hecho que el Derecho Penal alcance cada vez con mayor frecuencia a poderosos antes inmunes. Ello se debe especialmente al mayor conocimiento que se tiene de casos de corrupción política, en parte por la mayor información que es posible en las sociedades democráticas”.

³ Que queda fuera de los supuestos de regularización tributaria a la que se refiere el artículo 305.4 CP —o del 307.3 en el caso del fraude a la Seguridad Social o del 308.4, todos del CP, referido al fraude de subvenciones.

⁴ Procesalmente es también de resaltar la decisión de encargar a la Administración Tributaria la ejecución de las sentencias sobre fraude fiscal, lo que constituye todo un alarde en materia de inconstitucionalidad. Véase a este respecto la Disposición Adicional Décima de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria:

“Exacción de la responsabilidad civil por delito contra la Hacienda Pública.

1. En los procedimientos por delito contra la Hacienda Pública, la responsabilidad civil comprenderá la totalidad de la deuda tributaria no ingresada, incluidos sus intereses de demora, y se exigirá por el procedimiento administrativo de apremio.

2. Una vez que sea firme la sentencia, el juez o tribunal al que compete la ejecución remitirá testimonio a los órganos de la Administración tributaria, ordenando que se proceda a su exacción. En la misma forma se procederá cuando el juez o tribunal hubieran acordado la ejecución provisional de una sentencia recurrida.

3. Cuando se hubiera acordado el fraccionamiento de pago de la responsabilidad civil conforme al artículo 125 del Código Penal, el juez o tribunal lo comunicará a la Administración tributaria. En este caso, el procedimiento de apremio se iniciará si el responsable civil del delito incumpliera los términos del fraccionamiento.

4. La Administración tributaria informará al juez o tribunal sentenciador, a los efectos del artículo 117.3 de la Constitución Española, de la tramitación y, en su caso, de los incidentes relativos a la ejecución encomendada”.

c) La frustración en la persecución penal no se debe tanto a la pericia de los abogados de los implicados en los delitos mencionados —o a falta de formación en materia económica de los jueces perseguidores—, como a, fundamentalmente, defectos en las tipificaciones penales; en este sentido otra vez el ejemplo del delito fiscal ha sido paradigmático, pero también, en general, buena parte de los delitos societarios de los artículos 290 y ss. CP.

Resulta oportuno en este punto hacer referencia a lo sucedido con la reforma llevada a cabo en el artículo 31.2 del CP, por la LO 15/2003, de 25 de noviembre; y digo que resulta oportuna la referencia porque, como es sabido, la inmensa mayoría de los “delitos de los poderosos” se llevan a cabo a través de personas jurídicas. Pues bien, en este sentido y como he dicho en otro lugar⁷, la citada reforma ha supuesto una verdadera despenalización encubierta de una gran cantidad de injustos de los aplicables a personas jurídicas, y por lo tanto de esos “delitos de los poderosos”.

d) Por lo que importa a la “politización de las intervenciones penales”, se trata de un fenómeno que está más vinculado a la falta de percepción social acerca de la caracterización criminal de la conducta, que a la eventual manipulación por parte de los políticos de los comportamientos imputados a los adversarios en la contienda política.

En todo caso sí resulta oportuno en este punto hacer referencia al aprovechamiento por parte del Partido —el que sea— en el poder, de los mecanismos penitenciarios a su alcance —concesión extraordinariamente célebre del tercer grado penitenciario o de indultos parciales o totales, por ejemplo— para evitar o atenuar en gran medida las posibles sanciones que pudieran imponerse a sus afiliados por la comisión de delitos relacionados con el mundo económico. En este sentido, los indultos concedidos a los autores de delitos de cohecho, malversación, tráfico de influencia, prevaricación judicial u otros, son claramente reveladores de un aprovechamiento de las instancias del poder para beneficiar las propias instancias económicas o de influencias⁸.

e) En cuanto a la posible “actitud contemporizadora de la doctrina penal con los obstáculos surgidos en la persecución de este tipo de delincuencia”, se deben hacer varias observaciones, *Primera*: hay que comprender las reacciones del Ordenamiento

como un *continuum* que comienza con los modelos menos traumáticos de reacción frente a la infracción tanto para el infractor como para la víctima, y finaliza con el uso del modelo penal de represión. Un planteamiento semejante requiere una comprensión unitaria de lo ilícito que sirva para algo más que para decir que la referencia de la antijuridicidad es a todo el Ordenamiento Jurídico por más que exista una específica penal, o que la otra cara de lo ilícito, la justificación, puede encontrar sus fuentes en cualquiera rama del Ordenamiento y no sólo en la estrictamente penal. Una teoría general de lo ilícito, pues, del cual el penal sólo sería una parte y que serviría para estudiar atentamente las relaciones entre los distintos medios de reacción frente a lo injusto. *Segunda*: teniendo en cuenta lo anterior no resulta inoportuno pretender que la reacción a algunos de los comportamientos económicos inadmisibles sea llevada a cabo a través de tipificaciones administrativas, fiscales, etc., lo que resultará más adecuado no sólo teniendo en cuenta la proporcionalidad en la reacción, sino mirando, también, a la eficacia en la represión. *Tercero*: en este último contexto —y no desde luego en el penal, alejándonos, por tanto, de cualquier modalidad de Derecho Penal de “dos velocidades”— es oportuno modificar el régimen de garantías que pudieran corresponder al infractor.

2. *Prevalencia del sentimiento colectivo de inseguridad ciudadana*. Afirma Díez Ripollés que “se han incrementado desde hace unos años en la población tanto la preocupación en general sobre la delincuencia como el miedo a ser víctima de un delito”; esas actitudes se producirían en un contexto caracterizado por la “extendida sensación en la sociedad de que las cosas van cada vez peor en temas de prevención de delincuencia”, y por la desaparición de la “actitud de comprensión hacia la criminalidad tradicional, en especial hacia la pequeña delincuencia”.

Se trata éste, a mi entender y una vez más, de un juicio acertado; pero no está de más que reflexionemos, por más que brevemente, sobre uno de los motivos que alimentan esa “sensación colectiva de inseguridad”. Me refiero al binomio inmigrante/delincuencia. Se trata ésta de una de las atribuciones más equivocadas e injustas que se han efectuado en materia de delincuencia. Una imputación que tiene como causas además de algún exceso de las autoridades del Ministerio de Interior⁹, reacciones primitivas pero estrechamente ligadas a los instintos; más concretamente a la desestabilización en la per-

⁷ “El nuevo artículo 31.2 del Código Penal”, en *Revista de Derecho Penal*, núm.12, mayo, 2004, págs. 115-142.

⁸ Pero es que, incluso, la percepción que poseen los administradores públicos —los políticos gestores de la cosa pública— sobre determinadas conductas delictivas resulta llamativa. En este sentido hemos asistido recientemente a una desvergonzada polémica en el Parlamento catalán durante el cual el Presidente de la Generalitat ha acusado a los anteriores administradores de esa institución —Convergencia y Unión—, de recaudar nada menos que un 3% —destinado a ocultos o, al menos, no suficientemente aclarados fines— del coste de las obras públicas adjudicadas por aquella institución del Estado. Es decir, se debate abiertamente (¡en una Cámara representativa!) sobre la implicación de dirigentes políticos en delitos de cohecho sin que a los líderes de los Partidos parlamentarios se les altere mínimamente el gesto, ni tomen conciencia de que han cometido delitos gravísimos; es más, ni siquiera parece que les haya importado la realización de tan gravísimas conductas que, materialmente, suponen un atraco a las arcas públicas.

⁹ Especialmente en la presentación, en 2001, de los resultados de uno de sus planes de Policía; en él, como ha sido de sobra comentado, se atribuyeron a los extranjeros el protagonismo de más del 50% del total de detenciones. Sin aclarar que buena parte de estas se debían, exclusivamente, al hecho de su llegada irregular a España, otro porcentaje importante a falsedades documentales relacionadas, también con su estancia ilegal, que sólo un pequeño porcentaje de esos “extranjeros” eran “inmigrantes” en sentido estricto, etc. Pero, sin embargo, el simple anuncio de que el 50% de las detenciones tenía, como acabo de indicar, como protagonistas a extranjeros, apuntaló con “datos” oficiales la creencia popular de que los inmigrantes eran los responsables del aumento de la inseguridad ciudadana.

cepción de la realidad que produce “lo nuevo”, lo ajeno al modelo hasta entonces dominante. Es decir, el paso, en muy pocos años, de una sociedad monocultural y presidida, con escasas excepciones, por la presencia de una sola raza, a una sociedad multicultural y multirracial no ha dejado de producir el nacimiento de sentimientos xenófobos; a ello ha contribuido, además, la peculiaridad de que esos representantes de otras naciones son, mayoritariamente, jóvenes, mientras que los oriundos presentan una pirámide poblacional significativamente envejecida, lo que, indudablemente, dificulta la asimilación. Si a este dato se le une, además, la llegada cada vez más masiva, incluso “en tromba” desde el África Subsahariana de personas provenientes de todo el mundo, se puede explicar el porqué de esa “sensación de inseguridad”.

Una postrer nota en relación a la emigración y los emigrantes. Entiendo que en esta materia estamos asistiendo a una nueva era de primitivismo capitalista. En efecto, la necesidad de disponer de mano de obra barata ha llevado a muchos empresarios de los dedicados, especialmente, a la horticultura y la construcción, a fomentar y a aprovecharse de la emigración ilegal; de esta forma han tenido, y tienen, a disposición una gran cantidad de aspirantes a trabajadores, una gran masa entre los cuales pueden elegir y quienes dependen para su subsistencia —en términos de los niveles mínimos a los cuales se refería Marx en el siglo XIX— de la “generosidad” del empresario-explotador, quien se aprovechará de la circunstancia y obligará a esos trabajadores a realizar las labores que no quieren llevar a cabo —por su peligrosidad o su penosidad— los trabajadores nacionales, por un salario más bajo y sin reconocimiento alguno —o muy mediatizado— de los derechos laborales o de seguridad social. Pues bien, esta “actitud empresarial” está contribuyendo en no escaso grado a incrementar la sensación de inseguridad, ya que el moderno esclavismo por ellos protagonizado se fundamenta en la “importación” descontrolada de mano de obra, a toda la cual no pueden garantizar trabajo y a la que con demasiada frecuencia dejan en un estado tal de abandono que la puede llegar a poner al borde de la realización de actos ilícitos para poder, físicamente, subsistir.

De cualquier forma se hace imperativo distinguir entre “extranjero” e “inmigrante”; es decir, ciertamente todos los inmigrantes son extranjeros pero no todos los extranjeros son inmigrantes. En efecto, a España llegan todos los años más de cincuenta millones de turistas extranjeros a los que, obviamente, no se les puede denominar inmigrantes, algunos de los cuales realizan actos delictivos; llega también una apreciable cantidad de extranjeros con el único objeto de cometer delitos que se han iniciado allende nuestras fronteras, ya sean delitos de primer nivel —correos de la droga, por ejemplo— o de tercero —blanqueo de dinero— También están llegando extranjeros —especialmente serbios, rumanos, búlgaros, kosovares, etc.— con el propósito de realizar en España su actividad delictiva dadas las “facilidades” que en

nuestro país se obtienen a tal efecto, por las deficiencias en control de la población, policiales, etc. Se trata, además, de un tipo de delincuente que ha introducido en nuestro país si no nuevas formas de delincuencia, sí renovadas maneras de llevar a cabo esos delitos tradicionales, lo que causa una gran alarma social (por la enorme violencia con que se expresa, o por la inseguridad que provoca en la realización de actos cotidianos —por ejemplo, los relacionados con la práctica bancaria).

En todo este contexto merecen una particular atención algunas disposiciones comunitarias sobre la libertad de circulación de personas. Pues bien, debe tenerse en cuenta que las fronteras han servido tradicionalmente a una finalidad: la de “filtrar”, con diferentes objetivos, las personas y mercancías que entraban en un país. La Unión Europea —y en el Tratado de Maastricht este objetivo se proponía de forma expresa— ha adoptado el principio de libre circulación de personas y mercancías¹⁰; un principio que, aunque es recibido con satisfacción desde diversos ámbitos, tiene como particular finalidad principal el ser económicamente útil —otra vez la “Europa de los mercaderes”—. Pero esa libre circulación de personas ha posibilitado, también, la libre circulación de delincuentes, lo que es lógico ya que el derribo de las fronteras —de la misma forma que la libertad de asociación o de comercio— beneficia a todos los transeúntes internacionales, con independencia de su calidad. Esto ha supuesto un aumento de la inseguridad ciudadana en tanto —y el caso español, especialmente en la costa mediterránea, es paradigmático a este respecto— que esa permeabilidad transfronteriza ha sido usada por organizaciones criminales para abrir, en abundancia, sus sucursales en España; todo lo cual ha sido beneficiado por el capitalismo salvaje instaurado en la citada costa española que premia la actividad económica sin control alguno, lo que, es obvio, beneficia especialmente a aquéllos que detentan el poder económico, y a los políticos y profesionales que cobran protagonismo en esas actividades vinculadas a la corrupción —abogados, notarios, intermediarios financieros, constructores, etc.— Sin embargo, los peligros que llevaba consigo esa “caída de las fronteras” comunitarias no han sido tenidos en cuenta; es decir, la libre circulación de personas hubiera precisado que desde el primer momento de su implantación se hubiesen interconectado los distintos sistemas policiales, que se hubiera implantado —ya en el lejano 1990— un sistema europeo unitario de control de los flujos de personas, que se hubiese unificado toda la política de visados, etc. Es decir, que se hubiera implementado, ya desde el primer momento, lo que únicamente se ha comenzado a hacer en el año 2000. La consecuencia de tal desbarajuste ha sido —conectado con la caída del telón de acero y las guerras balcánicas— una indeseable importación de delincuentes extranjeros (no de inmigrantes).

¹⁰ Véase el Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, y su Convenio de Aplicación de 19 de junio de 1990.

Una última circunstancia que ha contribuido a la inseguridad ciudadana: la falta de suficientes medios personales policiales para reprimir la delincuencia. Se trata, a mi modo de ver, de un fenómeno que obedece a las siguientes causas: a) Dedicación de un número muy importante de agentes a la represión del terrorismo. b) Aumento de la población. c) Disminución alarmante de las plantillas policiales (Guardia Civil y Policía Nacional) como consecuencia de una política de seguridad dirigida, conscientemente, a “privatizar la seguridad”; es decir, a poner la seguridad únicamente al alcance de aquéllos que “puedan pagársela”, lo que equivale a entonar un “adiós a la democracia” desde el punto de vista de la seguridad¹¹. d) Ausencia de medios policiales —en suficiente cantidad— especializados en la lucha contra la criminalidad económica y organizada. En este sentido, y desde hace ya decenios, se ha puesto de manifiesto la necesidad de crear unidades específicas capaces de enfrentarse a esta “nueva criminalidad”; en concreto, desde los años 90 del pasado siglo se está barajando en España la posibilidad de crear una “Policía de Finanzas” (tomando, en buena parte, el modelo italiano) que por la formación de sus miembros sea capaz de abordar con solvencia los nuevos delitos; sin embargo, la lucha de competencias entre los Ministerios de Interior y Hacienda, y las ambiciones personales, han logrado, hasta el momento, frustrar la plasmación del proyecto.

3. *Sustantividad de los intereses de las víctimas.* Vuelve, a mi entender, a ser certero el análisis de Díez Ripollés en este punto cuando hace hincapié en el nuevo protagonismo adquirido por las víctimas de los delitos. Sólo añadir una consideración más: el papel de las víctimas está siendo especialmente sobrevaluado en los delitos relacionados con el terrorismo, respecto de los cuales su influencia ha sido, y es, tanta que han determinado, incluso, la legislación —especialmente en relación a la ejecución penal—, y pretenden, en concreto, “pilotar” el proceso de paz con la banda terrorista ETA; su ascendiente, también, desde el punto de vista político, está experimentando un crecimiento que parece imparable —especialmente como consecuencia de la manipulación política de la que están siendo objeto—, y tratan de imponer desde las líneas generales

¹¹ Especialmente alarmante es la insuficiencia del despliegue de la Guardia Civil en zonas rurales (es decir, en la mayor parte del territorio español) o en las nuevas zonas urbanas —entre las que se incluyen cientos de “urbanizaciones” donde, sencillamente, no existe, en absoluto, seguridad pública. Ello está provocando que centenares de pequeñas —aunque a veces no son tan mínimas— poblaciones queden abandonadas —absolutamente, o a partir del mediodía que es cuando finalizan su “turno” los pocos Guardias Civiles existentes para toda la comarca en la que operan— desde el punto de vista de la seguridad y del respeto mínimo a las normas de convivencia; lo que explica, también, que paulatinamente se vaya haciendo recaer en los particulares la carga de velar por el orden público, lo que introduce, como se hace ver en el texto, un criterio antidemocrático —puramente económico— inadmisibles en materia de seguridad pública. Ello facilita, asimismo, la actuación de grupos organizados y especializados de delincuentes que, casi con total impunidad, están asaltando viviendas a lo largo de toda la geografía española, convirtiendo lo excepcional en habitual.

de actuación frente a la violencia terrorista o en relación a las formas de terminación, de posible cierre, del conflicto terrorista, hasta la política de nombramientos de los responsables de la lucha contra el terrorismo; lo que no parece, no es, aceptable. Es decir, no es admisible que la sociedad española salga de la “cárcel” del terrorismo y se introduzca ahora en la “prisión” construida por las víctimas del terrorismo, y se termine creando un “Parlamento” paralelo en materia de terrorismo que se comportaría de acuerdo a unas normas necesariamente “extrañas” a nuestro Ordenamiento.

4. *Populismo y politización.* Nunca ha habido en España tantos y tan buenos penalistas; y el mismo juicio puede expresarse en relación a los especialistas en Derecho Procesal penal —de hecho, en esta última materia el número de monografías existentes hace veinticinco años podían contarse con los dedos de una mano y aún sobraban. Sin embargo, es cierto, su presencia es cada vez más escasa en los procesos de toma de decisiones legislativas. La razón de ello: la consideración de que la intermediación de los especialistas puede dificultar enormemente la adopción de medidas “realmente eficaces” en la lucha contra la criminalidad; y esos “obstáculos” que interpondrían los expertos están referidos, especialmente, al cúmulo de garantías, procesales y sustantivas que, para el conjunto de los especialistas, son irrenunciables en nuestro Ordenamiento Jurídico.

El problema, sin embargo, es que cada vez más se extiende la impresión de que el “desarme del Estado de Derecho” en materia penal se ha iniciado ya, y con vigor. Buena prueba de ello la encontramos en lo sucedido con las reformas penales y procesales llevadas a cabo en los años 2003 y 2004, durante los cuales se han publicado modificaciones del Código Penal que no han aprobado Las Cortes (por la vía de las “correcciones de errores”, como la llevada a cabo en 25 de marzo de 2004 mediante la cual se introdujeron en el Código unos tipos penales que no habían gozado de aprobación parlamentaria), otras con las que se viola claramente el principio de proporcionalidad (artículo 153 tras la reforma efectuada por la LO 1/2004, de 28 de diciembre), otras, en fin, con las que se contradice flagrantemente el artículo 25.2 CE [art. 76.1 c) y d), introducidos por la LO 7/2003, de 30 de junio], y un largo etcétera en el que no faltan rupturas del principio de taxatividad, cambio de la presunción de inocencia por la de culpabilidad y, en general, todo tipo de dislates penales y procesales.

Lo peor, sin embargo, no ha venido por vía de modificaciones legislativas sino por la de las resoluciones judiciales (después de haber sido “presionados” los jueces hasta tal punto que no pocos de ellos están comenzando a aplicar una “justicia defensiva”). De esto último sólo acudiré a un ejemplo en relación con la prisión preventiva, y es el siguiente¹²:

¹² Obviamente hay muchos otros; sólo aludir a este respecto a la reciente Sentencia del Tribunal Supremo 197/2006, de 28 de febrero, “caso Henri Parot”, en materia de acumulación de penas,

A principios de enero de 2005 se publicó en la primera página de todos los periódicos —y radio y televisión se hicieron eco de ello— la noticia de que uno de los mayores criminales que ha proporcionado la banda terrorista ETA —y, por lo tanto, uno de los mayores asesinos de la historia criminal española—, iba a salir de prisión en unas pocas semanas después de cumplir “sólo” dieciocho años de privación de libertad por sus numerosos crímenes; a pesar de haber sido condenado, en su momento, a miles de años de prisión. Inmediatamente comenzaron a clamar las voces de que “eso había que impedirlo como fuera”, de que “por los medios que a cada uno se le ocurrieran, había que evitar que se llevaran a la práctica esas redenciones extraordinarias que permitían que un asesino saliera de prisión sin ni siquiera haber cumplido un año de prisión por cada uno de los muertos causados”; es decir: se convocó una Cruzada, la de los Jueces, contra De Juana Chaos. Así, rápidamente, surgió un “voluntario” dispuesto a evitar, con ropajes jurídicos, la excarcelación; se trató de uno de los titulares de los Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional, que dictó la siguiente resolución¹³:

“En el caso de autos, y por las razones que se expondrán, se verifican sólidos indicios racionales de criminalidad en la persona de Iñaki de Juana Chaos y relativos a su participación en un delito de pertenencia a organización terrorista de los artículos 515 y 516.2 del Código Penal, así como en un delito de amenazas terroristas del artículo 572.1.3º del Código Penal.

Dichos indicios racionales de criminalidad se verifican sustancialmente en base al artículo publicado en el diario Gara bajo el título el Escudo con fecha 1 de diciembre de 2004 y posteriormente completado con el artículo titulado Gallizo de fecha 3º de diciembre de 2004, ambos atribuidos a Iñaki de Juana Chaos.

El propio tenor literal de los citados escritos conforman en grado de seria probabilidad que no nos encontramos única y exclusivamente ante una queja relativa a su situación penitenciaria. Ese mismo tenor literal determina que deba inferirse una nueva incardinación en la organización terrorista ETA y la conclusión de expresiones atentatorias del derecho de seguridad y libertad contra determinadas personas físicas e instituciones del Estado de derecho. Destacar algunas de las expresiones literales allí contenidas: ‘Veo la televisión. Escucho la radio. Leo los periódicos y revistas y el bombardeo es intenso y permanente. El enemigo está crecido. Detenciones en Iparralde y Hegoñalde. Redadas en los estados Francés y Español. Informaciones venenosas que pretenden inocular el virus de la desconfianza’. Estas mis-

mas expresiones que dan inicio al relato publicado con fecha 1 de diciembre de 2004 concluye necesariamente como el imputado hace manifestación expresa de su actual vinculación a la banda terrorista ETA, no limitándose al desarrollo de una mal entendida libertad de expresión como ha tratado de articular en su declaración del día de la fecha. La seriedad en la imputación de un delito de pertenencia a organización terrorista, aun cuando ya hubiera sido condenado en el pasado, se verifica de esas mismas expresiones como un nuevo acto de afirmación, más cuando en su declaración ha afirmado que ‘perteneció y fue condenado como miembro de ETA’. Lo anterior concluye sobre la ruptura en un pasado de dicha pertenencia y la actual asunción de sus postulados. Pero es más en el desarrollo de dicho artículo de fecha 1 de diciembre de 2004 se vuelven a realizar distintas expresiones que concluyen sobre la comisión del ilícito anteriormente aludido. Así en su párrafo 5º se dice textualmente: ‘Sí, la ofensiva es fuerte, en todos los frentes e innegable. ¿Quizá el enemigo está aventurando que nos puede dar la puntilla? ¿Qué puede acabar con el MLNV?’ En otro apartado del mismo artículo el imputado se jacta de no haber realizado ninguna conducta de resocialización lo que concluye en los términos ya aludidos. Finalmente es expresivo el discurso final de dicho artículo que textualmente dice ‘comparemos la aceptación de nuestro discurso político por parte de la sociedad vasca, ahora y hace 25 años. Y lo demás es fácil: trabajo, sacrificio, aprender de los errores y no meternos palos en la rueda de nuestra propia bicicleta. Hace años le escuché a un muy apreciado compañero chillar con fuerza: sacad vuestras sucias manos de Euskal Herria. Sí, sacadlas, porque otro camino sólo implica más sufrimiento. O el futuro terminará demostrando, sin duda, que os quedasteis sin ellas’.

Lo anterior, y como ya exponíamos, conforma con la necesaria seriedad un asentimiento por parte de Ignacio de Juana Chaos, y en la actualidad de los postulados de la organización terrorista ETA, sin que pueda verificarse que nos encontremos ante una mera manifestación o ejercicio de la libertad de expresión sustentada en lo que se alega como mera disconformidad o queja ante la aplicación de la legislación penitenciaria; ni ante lo que se indica como un desafortunado, a lo sumo, tono de expresión. Las expresiones contenidas en los artículos tales como enemigos, sacad vuestras sucias manos de Euskal Herria, MNLV, hacen inferir en grado de seria probabilidad dicha pertenencia actual a la banda terrorista ETA, y en concreto a uno de sus frentes cual sería el de integrante de la misma en situación de prisión; recordando como el entramado MLNV queda inmerso en la estrategia de la banda terrorista ETA, tal y como se ha reconocido en distintas resoluciones judiciales, tratando de conculcar el orden constitucional mediante el empleo de la violencia.

Los hechos asimismo devienen constitutivos de un delito de amenazas terroristas del artículo 572.1.3º del Código Penal al referirse en el trans-

que ha supuesto una intolerable aplicación al caso particular de la Ley, con ruptura de todo tipo de principios; una resolución que, a mi modo de ver, es más fruto de la presión de los medios de comunicación que de la recta aplicación de la Ley.

¹³ Auto del Juzgado Central de Instrucción número 1, de 10 de enero de 2005.

curso del artículo de fecha 1 de diciembre de 2004 nombres de personas en concreto, así como de instituciones a las que se imputa la situación actual no sólo en su persona así como la de otros integrantes de la banda terrorista actualmente en prisión, y que se ratifica dicha voluntad manifiesta de atentar contra su integridad física, libertad y seguridad en base al artículo que posteriormente se edita con fecha 30 de diciembre de 2004 y donde se consigna el nombre de distintos funcionarios de instituciones penitenciarias, miembros de la Carrera Judicial, Ejecutivo, etc.

Atendiendo a la gravedad de los hechos objeto de imputación deviene proporcional acordar la prisión provisional comunicada y sin fianza de Iñaki de Juana Chaos”.

Ciertamente no hace falta señalar que el delito de pertenencia a banda armada es un tipo permanente¹⁴ y de efectos permanentes, y que el bien jurídico —orden público— está referido al peligro que se deriva de la agrupación de personas en una asociación de determinadas características, a la vista de su abstracta capacidad de actuar¹⁵. Se trata, además, de un tipo delictivo en relación con el cual, y a diferencia de lo que sucede con otras tipificaciones como las detenciones ilegales, se plantean problemas a la hora de fijar el momento de la cesación del ataque al bien jurídico en determinadas circunstancias; por ejemplo, cuando el miembro de la asociación ilícita es detenido e ingresado en prisión. En esos casos, ¿puede estimarse que el delito de asociación ilícita deja de cometerse? Desde luego no cabe duda de que encontrándose el sujeto encerrado en una prisión poco peligro puede originar a bienes jurídicos, a no ser que se estime —lo que desde aquí no se comparte— que el peligro se deriva inmediatamente por su mera pertenencia formal a la asociación ilícita con independencia de su posible y potencial contribución a las actividades de la asociación¹⁶, o que tenga capacidad de continuar contri-

buyendo —como dirigente efectivo de la asociación por más que esté privado de libertad¹⁷— a la realización de las actividades de la sociedad criminal. Es decir, parece que hubiera de concluirse que el delito dejará de cometerse en el momento en el que la resolución judicial que se dicte suponga la entrada en prisión¹⁸, pues ello supondrá la cesación de todo peligro para el bien jurídico protegido¹⁹.

En todo caso no debe olvidarse que la prisión preventiva exige —ex art. 503 de la LECri— “la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito” y “Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable crimi-

bandas o grupos armados”. Homogeneidad insistida por el mismo Tribunal en sus SS de 15 de febrero de 1991 (RJ 1991\1070) y de 16 de mayo de 1995 (RJ 1995\4485), entre otras, aunque diferenciada por las notas de voluntariedad, pluralidad de actos y permanencia —en lo relativo a la integración— y por las de eventualidad, esporadicidad y falta de encuadramiento jerárquico, en lo concerniente a la colaboración (de 14 de diciembre de 1989)”.

Es de resaltar cómo el Tribunal caracteriza la pertenencia por la realización de una pluralidad de actos de auxilio y cooperación con la organización, con lo que resulta lógico afirmar que en aquellos casos en los cuales dichos actos de auxilio y cooperación no resultan ni siquiera posibles, la pertenencia ha de quedar excluida.

¹⁷ Lo que ocurrirá y de hecho sucede, por ejemplo, en prisiones en las que un defectuoso control de los internos permite a estos continuar dominando, alentando y planificando actuaciones criminales de una asociación delictiva en el exterior del penal en el que estén internados. Supuestos como los aquí aludidos se han planteado en algunas prisiones italianas en relación a miembros de la Mafia o la Camorra —y en prisiones norte y sudamericanas—. También cabría referirse, obviamente, a aquellos casos en los que la constitución de la asociación ilícita se lleva a cabo para incidir en la “sociedad carcelaria”; es decir, se trataría de asociaciones cuyas finalidades estarían conectadas con el mundo interno de la prisión. En estos últimos supuestos, desde luego, no se podría hablar de inexistencia de peligro para el bien jurídico protegido, y, por lo tanto, no existirían impedimentos para afirmar la realización de la conducta típica por el hecho de que el sujeto se hallara internado en un establecimiento penitenciario.

El caso que se está planteando en estas líneas es distinto. Aquí me refiero a supuestos en los que la actividad se realiza en el mundo exterior de la prisión, y no es posible llevar a cabo un control de esos comportamientos desde el interior de las cárceles.

¹⁸ Excluyo la mera detención, por la brevedad de su duración, como causa de “interrupción de militancia en la banda armada”; aunque esta excepción no tendría lugar cuando a la detención sucedió, sin solución de continuidad, la prisión, por más que fuera provisional. En este sentido se ha manifestado, en alguna ocasión, la propia Audiencia Nacional que ha entendido que la situación antijurídica propia del delito permanente había cesado desde el momento de la detención; véase en este sentido AN (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 35/1998, de 17 de junio.

¹⁹ Para la STS 532/2003, de 19 mayo, la pertenencia constituye “un delito de carácter permanente que subsistirá siempre que la voluntad del autor consienta dicha adscripción”. Este planteamiento debe admitirse, a mi modo de ver, únicamente cuando el sujeto esté en libertad, es decir con posibilidades de continuar poniendo en peligro el bien jurídico, pues en caso contrario no sólo se plantearía un problema de lesividad sino que se subjetivaría lo ilícito hasta límites intolerables.

Debe, además, tenerse en cuenta que un enfoque diferente plantearía gravísimos problemas en orden, por ejemplo, a instituciones como la prescripción. En efecto, en un supuesto como el aquí referido y una vez concluido que un sujeto que estaba en prisión y se había disociado ha vuelto a integrarse en una asociación ilícita, ¿cuándo vamos a concluir que ha vuelto a disociarse y dejado de consumarse el delito? Desde luego la ausencia de peligro para bienes jurídicos no serviría de referencia, ya que esa falta de lesividad ya constaba desde su entrada en prisión, lo que no ha impedido concluir que el sujeto ha vuelto a cometer el delito de asociación ilícita. Por lo tanto, únicamente, cabe una referencia: sería necesario que el sujeto hiciera una declaración expresa de disociación; es decir, sería preciso que el sujeto demostrara su inocencia, su no actual participación en una asociación ilícita, para concluir que los plazos prescriptorios han comenzado a correr. Pues bien ¿es esto aceptable desde el punto de vista de las garantías penales y procesales?

¹⁴ Véase en este sentido la STS 918/2004, de 16 julio, —y en la misma dirección SSTS 380/2003, de 22 de diciembre; 532/2003, de 19 de mayo; 1741/2000, de 14 de noviembre; 106/2000, de 31 de enero; 146/1996, de 20 de febrero— para la cual:

“Como se dijo en la sentencia 14-11-2000, ‘la integración en banda armada constituye una categoría de delitos de los que se denominan permanentes, en los que se mantiene una situación de antijuridicidad a lo largo de todo el tiempo en el que, por la voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica. En estos casos existe una modalidad de consumación ininterrumpida hasta que el sujeto activo decide abandonar el espacio antijurídico al que estaba dando vida, manteniendo persistentemente la renovación de la conducta antijurídica’.

¹⁵ La STS 897/2004, de 15 julio, se refiere al “peligro potencial que representa ser miembro de las mismas”.

¹⁶ No resulta a estos efectos impropio recordar las diferencias que la Audiencia Nacional percibe entre los delitos de “pertenencia” y “colaboración” con banda armada (SAN 28/2000 —Sala de lo Penal, Sección 4ª—, de 20 de octubre):

“En efecto, la pertenencia a banda armada, y conforme se acusó por el Ministerio Fiscal, se corresponde con aquellos comportamientos en los cuales hay una pluralidad de actos de auxilio y cooperación con la organización que acreditan y son expresión de una integración en la estructura jerárquica de la misma. Por el contrario, esa pluralidad y permanencia no se exigen en el delito de colaboración, pues basta para esta última figura delictiva, por lo que ahora interesa, facilitar alojamientos o locales que favorezcan la realización de las actividades de cualquier clase de tales

nalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión". De este texto se desprende, como apuntan Vives Antón y Gimeno Sendra, que no cabe la detención por simples sospechas, que ni siquiera basta la creencia racional de que se ha cometido un delito, sino que es preciso que existan "motivos", apoyados en fundamentos objetivos, racionalmente bastantes que sustenten la dicha creencia, por lo que la detención por simples sospechas sería constitutiva de delito²⁰. En el mismo sentido²¹ el Tribunal de Estrasburgo viene interpretando el artículo 5.1 c) del Convenio Europeo, al entender que la "razonabilidad" de los indicios ha de derivarse de la existencia de hechos o informaciones que persuadan a un observador objetivo de que la persona afectada puede haber participado en la comisión del hecho delictivo que se le imputa²²; es decir, deben primar los elementos objetivos a la hora de la valoración, no bastando con que la Autoridad haya actuado de "buena fe", lo que se supone²³.

En este contexto, ¿cabe hablar de que de las expresiones a las que se refiere el Auto de prisión examinado pueda deducirse que "existan motivos apoyados en fundamentos objetivos, racionalmente bastantes", para concluir que De Juana Chaos ha cometido un delito de integración en banda armada? Parece que no. Parece que lo único que puede deducirse de las expresiones referidas es que estamos ante un independentista, que está "harto" de la presencia de España en las Vascongadas. Pero el independentismo cabe dentro de la Constitución, y expresiones similares a las atribuidas al asesino de ETA al que nos estamos refiriendo, son emitidas todos los días por buena parte de los políticos vascos, y no dan lugar —como es lógico— a la apertura de diligencias.

Lo que ha ocurrido en este caso es, a mi entender, claro: ante una reiterada reclamación popular para mantener a un consumado asesino en prisión a pesar de haber cumplido ya su pena, se ha acudido a un mecanismo —la prisión preventiva— a despecho de que, en mi opinión, no concurren los requisitos exigibles para la imposición de tal medida cautelar. Es decir: frente al terrorismo cabe todo, incluso prescindir de las garantías del Estado Democrático de Derecho²⁴; lo que pone de manifiesto que, cada

vez más, en lugar de hacerse Justicia se hace política (así, con minúsculas).

En un escenario como este, ¿cómo van a acudir los poderes públicos a los especialistas para componer las leyes, si aquéllos traen bajo el brazo el Estado de Derecho y ahora de lo que se trata es, sencillamente, de ser "eficaces"? En esa búsqueda de la "eficacia" se "premia", exclusivamente, a los juristas que sean capaces de hacer el coro a una política criminal muy concreta: la del espejismo, la del espectáculo, que es, como señala Díez Ripollés, la que puede producir réditos electorales. Así, los llamados "jueces garantistas" son puestos de lado —y en algunos casos expedientados—, siendo sustituidos por aquéllos que no son tan "mirados" con los "formalismos"; y la Política Criminal a impulsar es, efectivamente, aquélla que produce la impresión de ser contundente, dura, inflexible con la criminalidad..., por más que ello sea falso, una pura "fachada", tal y como se está viendo con las actividades de las organizaciones criminales que están "tirando hacia arriba" de forma irresistible de las tasas de criminalidad.

5. *Revalorización del componente aflictivo de la pena.* La promulgación de la Constitución produjo, inicialmente, en los Tribunales un efecto de confusión respecto a la determinación de los fines de la pena. Efectivamente, el tenor del artículo 25.2 CE llevó en un principio, tanto al Tribunal Supremo como al Constitucional, a concluir erróneamente que el citado precepto constituía un mandato dirigido exclusivamente a la fase de ejecución de la pena, o todo lo más al momento normativo pero no a la medición judicial de las penas, y que las finalidades de prevención especial eran las únicas a contemplar²⁵. Afortunadamente, más tarde otras resolu-

²⁰ *La detención*, Bosch, Barcelona, 1977, pág. 71. En el mismo sentido, De Hoyos Sancho, M. *La detención por delito*, Pamplona, 1997, págs. 205 y ss.

²¹ Véase Álvarez García, F. J. y Queralt Jiménez, A., "El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo (art. 5 CEDH)". En: Javier García Roca y Pablo Santolaya (coords.) *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2005, págs. 151 y ss., especialmente 163 y ss.

²² Caso Labita contra Italia de 6 de abril de 2000; en el mismo sentido Fox, Campbell y Hartley contra Reino Unido de 30 agosto de 1990; Murray contra el Reino Unido de 28 de octubre de 1994; Erdagöz contra Turquía de 22 de octubre de 1997, y Elci y otros contra Turquía de 13 de noviembre de 2003.

²³ En este sentido De Hoyos Sancho, M., *La detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pág. 142.

²⁴ En cuanto al otro delito que le es imputado a De Juana Chaos en el Auto de prisión —amenazas terroristas—, su falta de motivación es tan evidente que no exige mayores comentarios.

²⁵ Por lo que importa al Tribunal Constitucional, véanse entre otras la Sentencia 209/1993, de 28 de junio, y el Auto 15/1984, de 11 de enero; por lo que se refiere al Tribunal Supremo, las sentencias 689/1993, de 25 de marzo, y 9415/1990, de 4 de diciembre. De esta misma opinión eran también algunos autores como Cobo del Rosal, M. y Boix Reig, J., "Artículo 25.2 Garantía penal", en *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978. Tomo III. Artículos 24 a 38*, dirigidos por Oscar Alzaga Villaamil, Madrid, 1983; en el mismo sentido se manifestaban estos autores en un trabajo anterior "Derechos fundamentales del condenado, reeducación y reinserción social", en *Comentarios a la legislación penal. Tomo I. Derecho penal y Constitución*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1982, pág. 219; de esta misma opinión Carbonell Mateu, J. C. en *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Valencia, 1996, pág. 68, y Mapelli Caffarena, B., *Principios fundamentales del sistema penitenciario español*, Barcelona, 1983, pág. 134. Afortunadamente otros autores como Córdoba Roda ("La pena y sus fines en la Constitución", en *La Reforma del Derecho penal*, ed. a cargo de Santiago Mir, Bellaterra, 1980, pág. 152) precisaban que una de las novedades introducidas por el artículo 25.2 de la Constitución del 78 en relación al Reglamento de los Servicios de prisiones de 1956, consiste en que mientras este último atribuía a las penas privativas de libertad superiores a los seis meses —con lo que el legislador, tácitamente, venía a reconocer la inoportunidad de la imposición de penas privativas de libertad con una duración a la mínima señalada para poder llevar a cabo un tratamiento del penado— la función de tratamiento de los condenados, la Constitución ni se limita a establecer la finalidad de la pena en la sola fase de la ejecución ni restringe las finalidades de reeducación y reinserción únicamente a las privativas de libertad superiores a los seis meses, sino que las extiende a toda pena privativa de libertad y a las medidas de seguridad (véase también García Arán, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Barcelona, 1982, pág. 186).

ciones de aquellos Tribunales vinieron a poner las cosas en su sitio²⁶, y mayoritariamente se participó en la idea de que la prevención especial no es la única finalidad de las penas, y que junto a ésta figuran otras como la prevención general negativa. En definitiva, se ha venido a reconocer que —como dice la STC 11/1981, de 8 de abril²⁷— “La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos. Queremos decir que las opciones políticas y de gobierno no están previamente programadas de una vez por todas, de manera tal que lo único que cabe hacer en adelante es desarrollar ese programa previo”.

Sin embargo, es cierto que en la Administración encargada de las prisiones ha seguido predominando la idea de que la prevención especial es la finalidad primordial, y casi exclusiva, de la pena; idea ésta, bien es cierto, no compartida desde hace tiempo por la mayoría de los especialistas, ante los magros resultados que tal planteamiento había proporcionado²⁸. A esto se le debe añadir, además, la “particular concepción” que de la prevención especial —reeducación especialmente— ha predominado en Instituciones Penitenciarias, y que ha llevado a la aplicación a los internos de reducciones extraordinarias de la pena por los motivos más sorprendentes. Precisamente esto último ha servido de excusa para que, por la Audiencia Nacional, se haya dirigido el enésimo ataque al Estado de Derecho. Efectivamente, con fecha 20 de enero de 2005, el Pleno de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional llegó al siguiente Acuerdo no Jurisdiccional:

1. Es competencia exclusiva del Tribunal sentenciador (o del último que dictó sentencia condenatoria respecto del reo, artículo 988 tercer párrafo de la LECr) la aprobación de la definitiva excarcelación del preso por haber extinguido la condena (licenciamiento definitivo). Esta competencia, que deriva de la potestad jurisdiccional, que incluye juzgar y ejecutar lo juzgado (art. 117 CE, arts. 9 y 985 LECr), está expresamente regulada en el artículo 17 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el artículo 24 del Reglamento Penitenciario de 1996.

Antes de aprobar la libertad definitiva, el Tribunal sentenciador deberá constatar la regulari-

dad de los períodos de cumplimiento que se certifican por la prisión y de la aplicación de cuantos beneficios penitenciarios hayan supuesto rebaja del tiempo efectivo de cumplimiento. Para ello, en ejercicio de su propia jurisdicción exclusiva y excluyente, revisa la legalidad de lo hecho en la ejecución a la vista de la liquidación de condena practicada y demás datos del expediente penitenciario del reo (singularmente la hoja de cálculo o cumplimiento), determinando si procede o no la excarcelación.

El silencio tiene valor de autorización tácita (art. 24.3 RP).

2. En el trámite de licenciamiento definitivo la Sala toma conocimiento del cumplimiento de la pena privativa de libertad, debiendo aprobar el licenciamiento cuando se constate la regularidad del cumplimiento y la legalidad de la fecha propuesta.

A tal efecto, para realizar las comprobaciones necesarias y dictar la resolución que proceda se exigirá de los centros penitenciarios que, conforme al artículo 24.2 RP, eleven la propuesta de licenciamiento con dos meses de antelación como mínimo.

3. En el supuesto de condenados conforme al Código Penal texto refundido de 1973 que hayan redimido penas por el trabajo, la Sala no puede reconocer como tiempo extinguido de condena a efectos de aprobar el licenciamiento:

a) El tiempo de redención ordinario o extraordinario, aprobado por órganos judiciales distintos del JCVP o de la Sala de lo Penal cuando la competencia para la aprobación de las redenciones, en primera instancia o por vía de recurso, fuese de la Audiencia Nacional, ya sea la propuesta, petición o queja anterior o posterior al 29 de mayo de 2003 (tesis amparada por el Acuerdo de 28 de junio de 2002 del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y ATS, Sala 2ª, de 5 de abril de 2003).

En consecuencia, recibida la propuesta de licenciamiento definitivo el tribunal sentenciador dictará providencia ordenando la urgente remisión a la Sala de toda la documentación sobre la materia y, tras su examen y revisión, si albergare dudas sobre la competencia para aprobar determinados beneficios penitenciarios, dará traslado por plazo común de tres días al penado y al Ministerio Fiscal para que insten lo que a su derecho convenga.

Transcurrido dicho plazo, hayan o no evacuado el trámite, se dictará auto aprobando o suspendiendo el licenciamiento definitivo y, para el caso de suspensión, exponiendo las razones por las que estima que el órgano judicial que aprobó la redenciones carece de competencia objetiva o funcional.

Dicho auto se remitirá al órgano que se estima incompetente para que examine su propia competencia, adopte la resolución que considere oportuna y la comunique al Tribunal sentenciador para resolver sobre el licenciamiento.

b) En los casos en que la Sala aprecie que la obtención de los beneficios penitenciarios pueden

²⁶ Véanse entre otras, SSTC 150/1991, de 4 de julio; 175/1997, de 27 de octubre; 200/1997, de 24 de noviembre; 91/2000, de 30 de marzo, y 163/2002, de 16 de septiembre. Véanse también SSTs 497/1995, de 6 de abril; 669/1995, de 18 de mayo; 1319/1995, de 28 de diciembre; 1883/1999, de 30 de diciembre; 754/2000, de 8 de mayo; 1919/2001, de 26 de octubre; 10/2002, de 17 de enero; 2016/2002, de 7 de diciembre; 2135/2002, de 20 de enero de 2003; 729/2003, de 16 de mayo; 1093/2004, de 6 de octubre, y 1136/2004, de 11 de octubre, entre otras muchas.

²⁷ Véanse también SSTC 125/1997, de 1 de julio, y 136/1999, de 20 de julio, entre otras muchas.

²⁸ Véase a ese respecto mi *Consideraciones sobre los fines de la pena en el ordenamiento constitucional español*, Granada, 2001, *passim*.

haberse obtenido en fraude de ley, instará del Ministerio Fiscal el ejercicio de las acciones correspondientes. En Madrid a 20 de enero de 2005.

Como puede verse, la Sala ha decidido pasar por alto el principio de cosa juzgada y entrar en el examen de redenciones decididas por otros órganos (en concreto por Audiencias Provinciales), aún cuando frente a las mismas no se hubieren presentado, en tiempo y forma, los correspondientes recursos. Todo ello, naturalmente, ha sido una nueva consecuencia de ese “tocar a rebato” ante la proximidad de la puesta en libertad del asesino de ETA al que más atrás me refería: De Juana Chaos.

Volviendo a las relaciones entre prevención general y especial —y al margen de alguna de las reformas penales impulsadas por la LO 7/2003, de 30 de junio, que introdujo en el artículo 36.2 del Código Penal el llamado “período de seguridad”—, no se trata “de colocar a la resocialización en un segundo plano frente a otros efectos sociopersonales de la pena como la inocuización, la prevención general o la reafirmación de valores sociales”, sino de reconocer a la prevención general negativa el espacio que el monocultivo resocializador, equivocadamente, le había negado. Las reclamaciones, en este sentido, de la opinión pública tenían el sentido de frenar las inadmisibles consecuencias a las que se había llegado en la aplicación de criterios exclusivamente preventivo-especiales. Criterios de ejecución de la pena con los que se estaban consiguiendo dos efectos absolutamente nocivos, perversos: primero, que materialmente se había arrebatado al Juez sentenciador su competencia en orden a la imposición, medición y ejecución de la pena privativa de libertad; segundo, que la amenaza penal había ido, poco a poco, dejando de causar sus saludables efectos de cara a la protección de bienes jurídicos. En este sentido, el “recolocar” a la “resocialización” en el lugar que le corresponde haciéndola compartir, con la prevención general, las finalidades de la pena, me parece adecuado; siempre, eso sí, que las antinomias se resuelvan con criterio certero, lo que significa el predominio de la prevención especial hasta el límite permitido por las exigencias de cumplimiento de las finalidades preventivo generales —límite que no puede ser fijado *a priori* y con carácter general tal y como se ha hecho con el citado artículo 36.2 del Código Penal²⁹.

²⁹ En todo caso parece oportuno poner de manifiesto que resocialización no es sinónimo de “beneficiar al penado”; en este sentido afirma Gómez Benítez—“El cumplimiento de la pena de prisión: ¿resocialización (libertad) versus seguridad ciudadana?”, en *Libertad, seguridad y Derecho*, ob. cit., pág. 72— que “La aplicación automática o cuasi automática y, en el mejor de los casos —que no es el más frecuente— dependiente de criterios disciplinarios, como el de buena conducta penitenciaria, de la libertad condicional o del acceso al régimen abierto o a los permisos de salida, es una burla abierta al principio de resocialización, a la vez que una incitación disimulada a la reincidencia: más del 90% de los condenados a penas de prisión acceden a la libertad condicional de forma cuasi automática al cumplir las tres cuartas partes de su condena; pero para ello es preciso que hayan sido cla-

Lo acabado de decir nada tiene que ver con la “venganza”, sino con la finalidad de evitar ataques antijurídicos mediante una adecuada combinación de prevención general y especial. Más aún —y aunque es demasiado pronto para extraer todas las consecuencias—, los acontecimientos del 11 de marzo de 2004 en Madrid ponen de manifiesto que la necesaria atención a las víctimas no se confunde con un mayor rigor con los detenidos; en este sentido la comparación entre las reacciones de los cuerpos de seguridad, de la Justicia y de la opinión pública, habidas en EEUU y en España, ponen de manifiesto la diferencia entre la venganza —que no admite frenos jurídicos y que sí alienta todos los abusos— y la mera represión jurídicamente encauzada.

Sí es innegable, y repetidamente lo he puesto de manifiesto en diferentes escritos³⁰, que se ha producido un notable endurecimiento de las sanciones hasta el punto de que algunas de ellas —por su duración— entran de lleno en la inconstitucionalidad ex artículo 25.2 CE; y también está claro que el régimen penitenciario se ha agravado considerablemente. Tema distinto es el que afecta a los órganos de la persecución penal. Es verdad, en efecto, que las Comunidades Autónomas están legislando en esta materia —incurriendo, en no pocos casos y de pleno, en inconstitucionalidad a la vista de lo dispuesto en el art. 149.16ª CE—, pero no lo es menos que ello ha sido provocado, en muchas ocasiones, por la abulia del Ministerio Fiscal. Ello se manifiesta, especialmente, en delitos como los urbanísticos o los medioambientales; en este sentido, cuando en la legislación española existen mecanismos más que suficientes para oponerse a la destrucción del medio causada por la avidez de regidores municipales, arquitectos y constructores, el Ministerio Fiscal no “mueve un dedo” y contempla impasible cómo en las Comunidades que no fueron víctimas de la avalancha urbanizadora de los años 70 y 80, se pretende edificar hasta en las mismas playas, y a despecho de la legislación sobre costas. Desgraciadamente en relación a estos injustos tampoco las Comunidades Autónomas hacen algo, si no es contribuir al atentado; las veleidades perseguidoras autonómicas se limitan a conductas que producen un mayor negocio electoral, como es todo lo relacionado con la “violencia doméstica”.

sificados anteriormente en tercer grado penitenciario, lo que depende, a su vez, de que hayan cumplido en régimen cerrado una cuarta parte de la condena. Así pues, ante la ausencia de un tratamiento individualizado, los condenados pueden acceder y de hecho acceden en muchas ocasiones a un régimen de semilibertad —añadido al de los permisos de salida— cuando han cumplido la cuarta parte de su condena en régimen cerrado, e incluso antes. En estas condiciones, las situaciones penitenciarias de aproximación del condenado a pena de prisión a la vida en libertad nada tienen que ver con su resocialización, sino que no son más que un cínico expediente para reducir el hacinamiento en las prisiones y el coste económico de la auténtica resocialización”.

³⁰ Véanse mi “Exasperación penal y límites constitucionales a la duración de las penas privativas de libertad”, en *Estudios Penales en Memoria de Luis Felipe Ruiz Antón*, Valencia, 2004, págs. 65 y ss.; *Consideraciones sobre los fines de la pena...*, ob. cit., (a la altura de la nota 187), y “La reeducación y reinserción social en el momento de la conminación penal”, en *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, págs. 35 (a la altura de la nota 70).

6. *Redescubrimiento de la prisión.* Efectivamente, y como afirma Díez Ripollés, constituye un lugar común la afirmación de que “las penas largas de privación de libertad conllevan la destrucción de la personalidad del recluso”. Pero esta afirmación —aderezada con la aventurada por distintos autores de que esa destrucción, o afectación irreversible, de la personalidad se produce con estancias en prisión superiores a diez o quince años— entiendo que es falsa³¹. Esta conclusión exige las siguientes precisiones: a) Los estudios llevados a cabo sobre este tema son escasos y, en su mayor parte, antiguos; b) Se trata, además, de estudios desarrollados en su mayor parte en EEUU, cuya realidad penitenciaria es, obviamente, muy diferente de la nuestra; c) En todo caso entiendo que la afectación de la personalidad tiene más que ver con el régimen penitenciario que con la duración de la pena privativa de libertad. Es decir, resulta evidente para cualquiera que conozca las realidades que a continuación mencionaré, que una estancia de pocos años, e incluso de pocos meses, en prisiones de la mayoría de los países centroamericanos, o de Brasil, Venezuela, Rusia, Turquía y un larguísimo etcétera, pueden producir lesiones irreversibles en la personalidad de los internos. También la afectación a la personalidad será más o menos grave dependiendo de la severidad del régimen aun cuando nos refiramos a prisiones que cumplan los mínimos exigibles³². Como resultado de la anterior reflexión hay que concluir, necesariamente, en que no se pueden aventurar afectaciones de la personalidad de los internos sin tener en cuenta el concreto sistema penitenciario; de lo que se deduce que muy pocos aspectos de los estudios que al respecto puedan llevarse a cabo son exportables a otros países. Habrá, pues, que esperar a contar con estudios de campo suficientes en España antes de aventurarse a afirmar que “las penas privativas de libertad que supongan un cumplimiento ininterrumpido en prisión superior a diez o quince años, causan un deterioro irreversible en la personalidad de los internos”. d) Por último debe tenerse en cuenta que hay un porcentaje muy importante de personas que inician su vida de reclusión con un significativo deterioro mental, lo que puede ser debido, en una mayoría de los casos, a las toxicomanías³³. En realidad, y en lo que importa a la sa-

lud mental, las prisiones no hacen más que reflejar, quizás distorsionándolo, lo que ocurre en la sociedad libre; en ésta, como es de sobra conocido, existe un importantísimo problema psiquiátrico al que las instituciones públicas no han sabido dar respuesta. En las prisiones ese problema está alcanzando dimensiones fantásticas, no tanto, insisto, por posibles perturbaciones que puedan tener su origen en el encarcelamiento, sino por las patologías que ya plantean los reclusos al inicio de su encarcelamiento.

7. *Ausencia de recelo ante el poder sancionatorio estatal.* El binomio, al que alude Díez Ripollés, constituido “entre la debida consideración del interés social en la protección de ciertos bienes fundamentales para la convivencia, y la persistente preocupación por evitar que ese logro conlleve una intromisión excesiva de los poderes públicos en los derechos y libertades individuales de los ciudadanos”, es, ciertamente, sobre el que se ha ido construyendo el Derecho Penal moderno y el que continúa rigiendo los “modelos de intervención penal contemporáneos”. La cuestión, sin embargo, es que entre esos dos polos se produce una transmisión continua de contenidos, dependiendo de, en unos casos, la mayor o menor fiabilidad de las instituciones encargadas de la represión, y, en otros, del incremento de la inseguridad o del crecimiento de la sensación de inseguridad. Es decir, que no nos encontramos ante compartimentos estancos que no admitan variabilidad alguna en sus contenidos, sino ante “realidades” que se condicionan mutuamente, que se intercomunican, que se relacionan dialécticamente y que admiten mayores y menores niveles de “llenado”.

¿Cuándo se produce esa alteración en los aludidos contenidos? No cabe duda que, y por lo que aquí importa, uno de los supuestos está constituido por aquellas ocasiones en las que las tasas de criminalidad aumentan notablemente y los ciudadanos se sienten inseguros. En esos casos no se encuentra en entredicho cuál será la reacción mayoritaria: sacrificar la libertad en el altar de la seguridad. Decisión que tiene su lógica y merece aprobación, siempre y cuando sea necesaria; y aquí se encuentra, precisamente, el nudo gordiano del problema, en evaluar la necesidad de la intervención en derechos y libertades.

Pues bien, la necesidad de esa intervención, y su legitimidad, debe ser analizada, por lo que ahora nos interesa, desde varias perspectivas. En primer lugar ha de evaluarse la existencia de la premisa misma, es decir de la alteración de la situación por un efectivo aumento de la inseguridad, que no debe haber sido creada, potenciada o favorecida desde las mismas instancias del poder. En segundo término ese recorte de derechos y libertades ha de resultar funcional en relación al problema detectado, y no debe existir un mejor instrumento para lograr las finalidades perseguidas.

Por lo que se refiere a la “invención” de la inseguridad, y como se ha significado más atrás, durante los años del gobierno de Alianza Popular (1996-

³¹ Sobre este tema estoy desarrollando, con un amplio equipo, un estudio tanto teórico como de campo —este último se desarrolla en el Penal de El Dueso (Santoña)—, cuyos primeros resultados no llegarán, presumiblemente, hasta finales de este año 2006 o principios del siguiente.

³² La diversidad de efectos se producirá, incluso, dentro de un mismo país, atendiendo a criterios tan diversos como —por referirnos a nuestro sistema penitenciario— grado en el que el sujeto haya estado clasificado; consideración o no del interno como de alta peligrosidad —y su integración o no, por consiguiente, en los FIES—; tipo de prisión en la que haya descontado su pena —ya no sólo hay que tener en cuenta si el establecimiento es de “alta seguridad” o no, sino incluso dentro de los establecimientos de cumplimiento habituales la arquitectura de la prisión influirá decisivamente sobre la salud mental del interno—, etc.

³³ No debe olvidarse a este respecto que ya se han comenzado a “sentir” los efectos, entre los adictos, de la cocaína, la cual provoca, como es sabido, una afectación mental mucho más importante que la que originó la heroína.

2004), las plantillas de las Fuerzas de Seguridad del Estado se aminoraron considerablemente. Es decir, se ha producido una utilización capitalista de la seguridad: generando inseguridad se ha “creado” no sólo un buen negocio —la seguridad privada cuya utilización, y facturación, se ha “disparado” en el período referido— sino las condiciones para poder reclamar posteriormente la necesidad de incrementar la intervención sobre derechos y libertades. Al mismo tiempo se han desoído sistemáticamente las constantes advertencias efectuadas desde hace lustros sobre la implantación de la criminalidad organizada; problema este especialmente agudizado en la costa mediterránea, donde existe conciencia de que se está procediendo al lavado sistemático de dinero negro en actividades como la construcción y el turismo, con la colaboración de profesionales de todo tipo. Las llamadas dirigidas a intervenir esas actividades han caído en saco roto, seguramente por temor a que esos controles —que una vez puestos en marcha resulta difícil que discriminen entre amigos y enemigos— pudieran, también, afectar —descubriéndolas o limitándolas— a “expresiones ilegales” llevadas a cabo por personas, jurídicas o físicas que actúan en el mercado ordinario al margen de las organizaciones criminales, pero cuyos negocios se llevan a cabo acompañados de delitos fiscales, de fraude de subvenciones, cohecho, prevaricación, y un largo etcétera; y en los cuales “colaboran”, frecuentemente, responsables políticos de “alto nivel”.

En cuanto a los instrumentos utilizados y al margen, lo que no es poco, de problemas de constitucionalidad³⁴, debe señalarse que no resultan los más idóneos a los fines teóricamente perseguidos. En efecto, frente a la criminalidad organizada —que, insisto, constituye el mayor desafío que experimenta actualmente el Estado español— los modelos de intervención más idóneos no son los exclusivamente penales —estos son, más bien, pura expresión de un Derecho penal tan simbólico como ineficaz—, sino aquellos que combinan la

intervención administrativa —a través de la fiscalidad, control del flujo de capitales, intervención en los sistemas financieros, societarios, en la construcción inmobiliaria, turismo, etc.— con la propiamente penal. Se trata, en definitiva, del modelo mil veces reclamado y nunca plasmado, y del que ahora se quiere prescindir “por ineficaz” cuando jamás ha sido observado. Sacrificar en estas condiciones derechos y libertades es, sencillamente, temerario, y abre las puertas a la falsa “dictadura de la seguridad”.

En cuanto al hecho de que “los ciudadanos no delinquentes ya no temen a los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones represivas”, ciertamente es novedad y novedad gozosa. En efecto ya han quedado, afortunadamente, lejos los tiempos en los que toda persona que fuera a ser llevada a una Comisaría o Cuartel de la Guardia Civil debía temer seriamente por su integridad física —si era a la Dirección General de Seguridad había que hablar de “probabilidad rayana en la certeza”—; la tortura ya no está al orden del día, y fuera de las “Madres de Mayo” o de algún ex político italiano antaño relevante y hoy caduco, nadie presta oído siquiera a las alegaciones al respecto formuladas por miembros de ETA. Todo esto ha sido el fruto valiosísimo de la progresiva consolidación del Estado democrático de Derecho; pero el que esto sea así no debe hacernos olvidar que el Estado es un insaciable devorador de derechos y libertades, y que frente a su irrefrenable apetito hay que levantar barreras infranqueables. En este sentido, las teorías sobre el “contenido esencial” de los derechos y la resistencia a “pasar página” a viejos principios liberales —como el de legalidad penal con sus múltiples manifestaciones aún en el ámbito internacional— caracterizadores del Estado de Derecho, pueden suponer un buen antídoto frente a la mencionada glotonería.

8. *Implicación de la sociedad en la lucha contra la delincuencia.* La asunción por la sociedad española de responsabilidad alguna en la génesis de la delincuencia ha constituido un mito; una fabulación alimentada en España, seguramente, por la existencia de una situación política que favoreció un posicionamiento de las capas más dinámicas de la sociedad a favor de la desviación “sin apellidos”, lo que tuvo como consecuencia la ausencia de análisis³⁵ y, sobre

³⁴ Por ejemplo, el principio de indisponibilidad de la pretensión penal se encuentra actualmente contradicho a la luz —como señala Pedraz Penalva, E., en *Introducción al Derecho procesal penal (acotado al Ordenamiento jurídico nicaragüense)*, Managua, 2003, pág. 63, nota 113— de las “nuevas tendencias permisivas de la no perseguibilidad de determinadas infracciones atendiendo a su escasa entidad, a las circunstancias peculiares concurrentes, etc.”, en este sentido la utilización por el Ministerio Fiscal del principio de oportunidad —especialmente cuando no se acude a la versión reglada del mismo— conculca el de legalidad que es el que debe regir sus actuaciones (arts. 9.3 y 124 CE; 1 y 6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y 105 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); asimismo las “penas pactadas” infringirían los artículos. 25.2 y 14 CE —véase en este sentido Álvarez García, F. J. y Carrasco Andriño, M., “Medición judicial y ejecución de las sanciones penales”, en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 5, 2001, págs. 13 y ss., nota 39—; en relación a los “juicios rápidos” el contraste sería con, otra vez, el artículo 25.2 —véase ob. y loc. cit.— y con el 24, ambos de la Constitución; y estas dos últimas instituciones conculcarían, además, el principio de reserva absoluta de ley en materia penal tal y como es contemplado en el artículo 81.1 CE, y, también, por las razones expresadas en mi última obra mencionada.

Pero dejando la vertiente procesal y afrontando problemas sustantivos, se pueden apuntar distintas conculcaciones groseras de orden constitucional, además de las ya señaladas más arriba; así,

la aprobación de la denominada “ley antilehendakari” (LO 20/2003, de 23 de diciembre, por la que se introdujeron los arts. 506 bis, 521 bis y 576 bis del CP) mediante la introducción de una Enmienda en el Senado a la Ley de Arbitraje y sin posibilidad de que fuera discutida en el Congreso, supone conculcación de los artículos 9.3 (seguridad jurídica), 81.2 (votación final sobre el conjunto del Proyecto), 90.1 (identidad de la ley), 25.1 (principio de legalidad), y un largo etcétera, de la Constitución; la del artículo 173.2, párrafo segundo, el principio *ne bis in idem*; la del segundo inciso del artículo 188.1 el artículo 25.1 CE (Derecho penal del hecho), y un interminable “continúa”.

³⁵ Esto se puso claramente de manifiesto en la actitud observada por los partidos de izquierda —y los sectores políticos progresistas— en relación al terrorismo (que en aquellos años se refería al desarrollado por ETA y FRAP, ya que la incorporación de los GRAPO fue más tardía y se produjo en un momento en el cual ya la Historia había comenzado a “pasar página”).

todo, de identificación de las distintas delincuencias³⁶. Ello se concretó en un apoyo —que finalizó al terminarse la década de los setenta— de movimientos políticos antiautoritarios³⁷ —especialmente los provenientes del anarquismo— a sectores “avanzados” ideológicamente de la delincuencia común, que “fructificaron” en los motines carcelarios de finales de los años 77 y 78³⁸ y en la creación de coordinadoras de presos comunes —COPEL— y celebración de actos en universidades y asociaciones vecinales con las que se pretendió ese acercamiento entre delincuencia y sociedad³⁹. La experiencia se agotó con la finalización de la Dictadura y su resaca, y únicamente quedó una intelectualizada imputación a la sociedad de responsabilidad en la generación de la delincuencia, al conceptuar a ésta como un producto de aquélla. Pero la sociedad española nunca participó plenamente de semejante planteamiento, habiéndose limitado a “mirar de reojo” a la delincuencia común mientras se mantuvo en márgenes y expresiones “aceptables”; pero en el momento en que estos fueron superados se comenzó a reclamar la aplicación de castigos ejemplares⁴⁰ a los autores de los hechos delictivos así como el “famoso” “cumplimiento íntegro de las penas”, que terminó dando nombre, recientemente, a una Ley de modificación del Código Penal⁴¹.

³⁶ De esa igualdad entre todos los presos nos da idea las siguientes palabras de Fernando Savater: “¿Presos políticos? ¿Presos comunes? Mientras la cárcel exista, cada preso político será un carcelero en potencia que desea salir de la cárcel para encarcelar a su actual celador y cada preso común un delincuente en rebeldía, en espera de sentencia o en los grilletes. El proceso revolucionario —ningún proyecto subversivo que incluya el mantenimiento de cárceles puede ser llamado revolucionario— es la abolición de la cárcel, fábrica definitiva de la delincuencia. Este será el primer paso para transformar la falsa igualdad de la desigual en una desigualdad reconocida que se reúna en el respeto igualitario a lo que debe ser común” (en Savater, F. y otros *El preso común en España*, Madrid, 1997, pág. 14).

³⁷ Esa “comunidad” entre presos comunes y movimiento político se hizo posible por el contacto entre “presos políticos” y “comunes” en las cárceles de la Dictadura. Se trató éste de un fenómeno que tuvo también sus reflejos en otros países europeos, aunque, obviamente, con distintas características; así en Italia el “acercamiento” entre “políticos” y “comunes” fue protagonizado por partidos herederos de las fracturas políticas maoístas de finales de los 60, y dio como fruto la fundación de un partido —Núcleos Armados Proletarios, NAP— nutrido, fundamentalmente, por presos comunes y que optó como estrategia política por el terrorismo, indiscriminado en muchos casos.

³⁸ Lo que estuvo en la génesis de la vigente Ley General Penitenciaria.

³⁹ Un buen ejemplo de lo hablado fueron las denominadas “I Semana de Solidaridad con los Presos Comunes” celebradas en la Universidad Complutense de Madrid entre los días 21 a 25 de marzo de 1997; al respecto véase Savater, F. y otros *El preso común en España*, ob. cit. *passim*.

⁴⁰ Esto también se invocó desde medios judiciales como la única vía para parar la curva ascendente de la delincuencia; véanse las siguientes sentencias que invocan la ejemplaridad como uno de los fines de la pena: SSTS 1365/2004, de 24 de noviembre; 1719/2003, de 17 de diciembre; 742/2003, de 22 de mayo; 1612/2001, de 17 de septiembre; 621/1997, de 5 de mayo; 1088/1995, de 6 de noviembre; 2123/1994, de 7 de diciembre; 2751/1993, de 7 de diciembre, y 1536/1992, de 26 de junio —que es constantemente invocada por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo— entre otras muchas. En la Sala de lo Militar la invocación a la ejemplaridad como finalidad de las penas —que es aludida en la Exposición de Motivos del Código Penal Militar— es moneda corriente; véase por todas, TS 7 de abril de 2005.

⁴¹ Me refiero a la LO 7/2003, de 30 de junio, en cuya exposición de motivos se refleja perfectamente lo que acabo de aludir: “La flexibilidad en el cumplimiento de las penas y los beneficios

Como conclusión de lo anterior decir que nunca ha habido un afán de la comunidad como tal —es decir, no de pequeños círculos intelectuales— en lograr la inclusión de los desviados partiendo de un ejercicio de autoinculpación social por sus comportamientos, sino más bien un ejercicio dirigido a la consecución de la simple cesación de los comportamientos delictivos a través del ofrecimiento de oportunidades de integración. En el momento en que estas no son aceptadas, se opta por la exclusión.

Tres grandes problemas deben abordarse, todavía, en este apartado: la “cuestión de las policías”, la privatización de la ejecución de penas y medidas, y la participación de los particulares en la seguridad pública.

En lo que importa a la primera cuestión, no participo de la idea de que se haya producido una “retirada masiva de las fuerzas de orden público” de los espacios colectivos. Lo que a mi entender ha sucedido es una combinación de los siguientes factores: a) *Aumento de las exigencias de seguridad*. El crecimiento de la población⁴², la falta absoluta de control sobre buena parte de esa población que se ha incrementado —los extranjeros— o desplazado⁴³, las exigencias de reforzamiento de viejos espacios de seguridad que consumen una gran cantidad de efectivos —especialmente el terrorismo⁴⁴— y la creación de nuevas necesidades de protección —provocadas, fundamentalmente, por el aumento de las tasas de criminalidad y la “sensación de inseguridad”—, ha determinado —junto

penitenciarios tienen su razón de ser en el fin de reinserción y re-educación del delincuente constitucionalmente consagrado, pero, precisamente por ello, la legislación debe evitar que se conviertan en meros instrumentos al servicio de los terroristas y los más graves delincuentes para lograr un fin bien distinto”.

⁴² En 1999 la población española ascendía a algo más de 39.000.000 millones de personas, y en 2006, supera los 44.000.000. Un crecimiento de cinco millones de personas —de las cuales una buena parte, más de cuatro millones, son extranjeros de muy diferentes nacionalidades y culturas— en seis años resulta muy difícil de asimilar, y terminará produciendo problemas estructurales gravísimos desde el punto de vista de su integración social, amén de poner en tensión sistemas sociales básicos como es la sanidad o la educación.

⁴³ Antiguos mecanismos propios de la pasada Dictadura como los “certificados de buena conducta” eran posibles sobre la base de un efectivo control de la población; hoy en día con una población flotante de extranjeros sin permiso de residencia estimada en más de 1.200.000 personas, que aumenta considerablemente cada día y que se concentra fundamentalmente en unos pocos núcleos urbanos, resulta imposible plantearse siquiera no ya su control sino su conocimiento. En estas condiciones la labor policial resulta, obviamente, muy dificultada.

⁴⁴ Del total de los miembros de la Policía Nacional y la Guardia Civil se estima que un porcentaje muy significativo se dedican exclusivamente a labores antiterroristas. Este número tiene que incrementarse con la gran cantidad de policías de todo tipo —también municipales, además de seguridad privada— que se dedican a funciones de guardaespaldas de autoridades o personas, en general, amenazadas; necesidad esta última que ha nacido o, en el mejor de los casos, se ha visto incrementada como consecuencia de las actividades de ETA. A estos requerimientos se ha venido a unir en los últimos tiempos —y como consecuencia de los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid— las necesidades generadas por el terrorismo islamista. En conclusión, y aunque no existe, o al menos yo no tengo conocimiento de ello, un estudio sobre el coste económico del terrorismo, no cabe duda que consume una parte significativa de los recursos públicos dedicados a la seguridad.

con la disminución de las plantillas de los Cuerpos Nacionales de Seguridad—Policía Nacional y Guardia Civil⁴⁵— la crisis de todo un modelo policial. b) *Las nuevas expresiones de la criminalidad*. Los delitos informáticos, la criminalidad por Internet, las falsificaciones industriales, los delitos financieros, los avances tecnológicos que ya han perdido la exclusividad de su uso por parte de círculos muy reducidos y vinculados generalmente a las esferas del poder, requieren una especialización de los miembros de las Policías de la que generalmente carecen. El policía “clásico” que en sus investigaciones se guiaba por la intuición y la experiencia, ha perdido terreno. c) *Las nuevas formas de organización de la delincuencia*. La lucha contra las organizaciones criminales, entendidas como empresas cuyo objeto social es la realización de actividades situadas al margen de la ley, pero que cuentan con una estructura y metodología en todo equiparable a las empresas que actúan en el mundo de la legalidad, y que se aprovechan de los cambios producidos en la sociedad capitalista — libertad en la circulación de personas y mercancías, facilidades de acceso al mundo financiero, libertad de asociación, etcétera—, requieren una renovada metodología policial. d) *La aparición de las policías autonómicas y la nueva configuración de las municipales*. Estamos ante un fenómeno que rediseña la concepción de la seguridad pública. En efecto, la falta de atención —por las aludidas reducciones en las plantillas y nuevas exigencias de seguridad— de los Cuerpos Nacionales de Policía de muchos ámbitos de la seguridad, ha llevado a que las policías municipales pasen a desempeñar cometidos para los que no están, generalmente, capacitadas, ni estructural ni personalmente. Sin embargo, no cabe duda que las veleidades del presupuesto nacional hacen, cada vez más, inclinarse a las autoridades nacionales por “transferir” problemas de seguridad a estas policías municipales, sobre las cuales se proyecta además del problema de capacitación aludido el del control de las mismas y su coordinación. Significar, también, que la revalorización de las policías municipales —que, no debe olvidarse, hay tantas como municipios con capacidad económica para implementarlas— ha supuesto la creación de agravios económicos comparativos con la Policía Nacional y la Guardia Civil de difícil solución, que pueden tener una multiplicidad de consecuencias.

⁴⁵ Junto a esa disminución de efectivos ha de tenerse en cuenta que el reconocimiento de derechos laborales elementales que les habían sido negados a esos colectivos ha provocado una real aminoración de Policías disponibles.

En relación a este problema no debe olvidarse que, como se ha recordado más atrás, en muchos ámbitos rurales —que siguen conteniendo una gran parte de la población española— la seguridad, sencillamente, no existe a partir de determinada hora del día —aquella en la que, precisamente, las necesidades suelen aumentar—, pues, personalmente, cada Guardia Civil ya ha dejado de “estar de servicio las veinte y cuatro horas del día” y no se cuentan con suficientes efectivos para proporcionar un servicio más extenso. Por eso no es ya infrecuente encontrar en las puertas, cerradas, de las “Casas-cuartel” de pequeños núcleos de población, el aviso de que “a partir de las tres de la tarde sólo se atenderán urgencias”.

En cuanto a las policías autonómicas —y las falsamente municipales⁴⁶—, se han configurado en sus respectivos territorios como una alternativa completa a las Policías Nacionales. e) *Cuerpos privados de seguridad*. Ya he aludido más atrás al hecho de que su masiva comparecencia en el ámbito del orden público, supone “despedir a la democracia” en el terreno de la seguridad ciudadana e introducir el neoliberalismo en este espacio. Pero además de lo ya dicho, debe aludirse a diversos factores en relación a la actuación de esta seguridad privada: 1º. Los orígenes históricos de buena parte de esas compañías privadas de seguridad están vinculados a movimientos de extrema derecha. 2º La capacitación de la inmensa mayoría de sus miembros es, de existir, escasísima. 3º Generalmente los espacios que ocupan en el ámbito de la seguridad son aquellos que no han podido cubrir, por insuficiencia de medios personales, los Cuerpos de Policías Nacionales —transporte de dinero, guardaespaldas, vigilancia de empresas, edificios, instalaciones, urbanizaciones—, donde, en muchos casos, realizan no sólo funciones de vigilancia y seguridad, sino también de ordenanzas, informativas, etc., lo que les convierte en un personal polivalente de contratación externa muy apetecible para las empresas. 4º Sus retribuciones son bajísimas, lo que determina continuas variaciones en las plantillas y un factor añadido de incapacitación funcional de sus miembros. f) *Aparición de fuerzas militares en el desempeño de funciones de orden público*. Esa presencia que es y ha sido habitual en otros países —Italia o Francia por acudir a dos ejemplos próximos— no se había producido en España; sin embargo, la presión del terrorismo ha conseguido que esporádicamente en el pasado y de forma más habitual en los últimos tiempos, contingentes importantes de tropas de los tres ejércitos se hayan utilizado en tareas de vigilancias de, fundamentalmente, grandes instalaciones e infraestructuras⁴⁷.

Como conclusión de todo lo anterior señalar que, salvo en supuestos muy específicos, no ha existido “abandono” por parte de las Fuerzas y Cuerpos de

⁴⁶ Me quiero referir con este término a situaciones como la creada en la Comunidad Autónoma de Madrid, en la cual la falta de autorización para la creación de una propia Policía Autónoma ha llevado a los responsables de la Comunidad a la creación de una coordinación de las policías municipales, a las que de esa forma —y con el anzuelo presupuestario, ya que parte de ellas son financiadas directamente con cargo a los presupuestos de la Comunidad— trata de convertir en una pseudo Policía Autonómica.

⁴⁷ Lo que ha sido facilitado por la experiencia acumulada por efectivos del Ejército en misiones internacionales patrocinadas por Naciones Unidas, por la Unión Europea o por la OTAN. La Ley Orgánica de la Defensa Nacional apoya esa participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad interior, especialmente en referencia, pero no sólo, al terrorismo. Así, el artículo 16 c) de la citada Ley se refiere a que las operaciones de las Fuerzas Armadas pueden consistir en “apoyo a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado en la lucha contra el terrorismo...”

En todo caso el terrorismo islamista “ha sacado” al Ejército de sus cuarteles desde los atentados del 11 de marzo; actualmente, y a partir de los atentados del mismo tipo habidos en Londres, otra vez fuerzas de los tres ejércitos están patrullando por las ciudades españolas. La asunción, pues, de tareas policiales por parte de los ejércitos, ha alcanzado ya la categoría de normalidad.

Seguridad del Estado de concretos desempeños en la seguridad pública —con la excepción, quizá, de la —vigilancia de edificios oficiales—; lo que sí se ha producido es una disminución de su eficacia determinada por el crecimiento de la población y de las tasas de criminalidad, del mantenimiento o disminución de las plantillas de Policía Nacional y Guardia Civil, y de la incapacidad de las “nuevas policías” —especialmente de las municipales, cuyos contingentes se han incrementado de forma más que notable— para atender a las insuficiencias en materia de seguridad. Todo ello es lo que ha determinado que las nuevas exigencias de seguridad a las que se ha aludido, estén siendo cubiertas cada vez en mayor medida por empresas privadas de seguridad, y que las Fuerzas de Seguridad se muestren cada vez más incapaces de cumplir su misión de “proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana” (art. 104.1 CE), con renuncia a lo que es su exclusiva competencia (art. Primero.1 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

En lo que importa a la implicación privada en la ejecución de penas y medidas, sólo anotar lo siguiente: a) Por lo que se refiere a los menores eso es la consecuencia del “regalo envenenado” efectuado a las Comunidades Autónomas por el artículo 45.1 de la LO 5/2000, de 12 de enero, Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, que preceptúa: “La ejecución de las medidas adoptadas por los Jueces de Menores en sus sentencias firmes es competencia de las Comunidades Autónomas y

de las Ciudades de Ceuta y Melilla...” Obsequio que es más deudor, creo, del deliberado propósito de la Administración Central de desasirse de un fatigoso problema, que de una opción consciente de política criminal⁴⁸. La atribución de competencias resultó problemática para las Comunidades Autónomas tanto por el escaso tiempo del que dispusieron para estructurar el nuevo sistema, como por las dificultades inherentes al mismo⁴⁹; esto fue lo que favoreció que se acudiera a la adjudicación de los contratos de gestión de los centros a compañías privadas de seguridad u otras, en lugar de optar por el sistema de gestión directa por la Administración. Debe decirse, en cualquier caso, que las distintas Administraciones también se hacen cargo directamente de algunos de los centros de internamiento de menores, en la mayoría de los casos aquellos a los que van destinados los jóvenes más conflictivos⁵⁰. b) En cuanto a la participación privada en la ejecución de penas a través de los centros de desintoxicación, tiene un origen ligado a la despreocupación del Estado por la recuperación de drogodependientes y a la ausencia, por tanto, de centros adecuados para el tratamiento de su enfermedad. Ello condujo a algunas Organizaciones No Gubernamentales a la creación de centros desde los cuales “negociaron” con las instancias judiciales el que se les confiara a determinado tipo de penados. En estos casos, pues, la creación de infraestructuras privadas antecedió a la legislación posibilitadora de semejantes formas de cumplimiento de penas y medidas privativas de libertad.

⁴⁸ A pesar de que en la Exposición de Motivos de la Ley citada se afirma: “Se mantiene el criterio de que el interés del menor tiene que ser atendido por especialistas en las áreas de la educación y la formación, pertenecientes a esferas de mayor inmediatez que el Estado”.

⁴⁹ De lo que nos da una idea el hecho de que sólo una Comunidad Autónoma tiene transferidas competencias sobre prisiones —Cataluña—, aunque también lo ha reclamado el País Vasco lo que le ha sido denegado por razones que se remiten a la lucha contra el terrorismo.

⁵⁰ Ha de apuntarse, en todo caso, que las perspectivas de realización de “buenos negocios” por parte de algunos particulares, están directamente unidas a las opciones adoptadas en orden a la administración de los centros de internamiento de menores. En concreto, en la Comunidad de Madrid el coste por interno y día en algunos de los centros concertados por la Comunidad seguramente supera los seiscientos euros (no es un error, me refiero al coste por interno y día). Efectivamente, hay convenios suscritos entre la Comunidad de Madrid y distintas entidades que implican un desembolso por día y niño de más de 500 €. Naturalmente que a esta cifra inicial hay que añadir los costes de adaptación

del edificio —que forma parte del patrimonio de la Administración— y los gastos originados por los consumos de agua, gas, electricidad, que también corren a cuenta de la Comunidad. Así las cosas —y sin tener en cuenta amortización del edificio— el coste por día y niño internado le supone, en no pocos casos, a la Comunidad más de seiscientos euros; es decir, tres millones de las antiguas pesetas al mes.

Debe decirse, en cualquier caso, que no todos los “convenios” suscritos por la Comunidad de Madrid con entidades privadas suponen un desembolso tan elevado. Los más recientes establecen un pago por día y niño internado de unos doscientos cincuenta euros —cantidad que debe ser incrementada, como en el caso anterior, por los gastos de adaptación de los edificios y por el coste de los servicios de electricidad, gas y agua—, es decir: la mitad de lo que supone el pago de los convenios más arriba mencionados; y lo más grave del caso es que esa diferencia no está justificada por ningún dato objetivo referido a los internos o a los medios.

A la vista de lo acabado de señalar ¿es concebible que la Administración no se haga cargo, directamente, de la gestión de esos centros?